Der Kaufmannsbegriff im österreichischen Handelsgesetzbuch nach der Handelsgesetznovelle vom 16. Febr. 1928, BGBl. 63.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Falkultät
der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Josef Rauschmayr, Referendar

aus Babenhausen (Bayern)

Approbiert am 12. Januar 1929.

Babenhausen
Buchdruckerei Jos. Kreutzer & Co.
1929

29:124

Der Kaufmannsbegriff im österreichischen Handelsgesetzbuch nach der Handelsgesetznovelle vom 16. Febr. 1928, BGBl. 63.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Josef Rauschmayr, Referendar
aus Babenhausen (Bayern)

Approbiert am 12. Januar 1929.

Babenhausen
Buchdruckerei Jos. Kreutzer & Co.
1929

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Onkel

Johann Stefan Rauschmayr,

Studienprofessor

an der Lehrerbildungsanstalt in Lauingen a. D.

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0061

Einleitung.

Nach der Schaffung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 durch die Staaten des alten deutschen Bundes, dessen Geltungsgebiet, soweit es zum deutschen Bund gehört hatte, auch Österreich umfasste und das auch im heutigen Deutsch-Österreich noch gilt, bot die Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts in der Form des bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896 im Deutschen Reich den Anlass zu einer Umgestaltung des Handelsrechts. Das neue deutsche Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 lehnt sich zwar vielfach an das alte Handelsgesetzbuch an, hat aus demselben auch breite Partien unverändert entnommen, stellt sich aber gleichwohl nach Form und Inhalt als ein selbständiges Gesetz dar. Es ist, gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit getreten. Damit aber war die Rechtseinheit zwischen dem Deutschen Reich und Österreich auf dem Gebiete des Handelsrechts beseitigt. (Auf dem Gebiete des Wechselrechts, das auch im deutschen Reich auf der noch gültigen, wenn auch in einigen Bestimmungen abgeänderten, „allgemeinen deutschen Wechselordnung" beruht, besteht die Einheit im wesentlichen fort.)

Kurze Zeit nach der Gründung des neuen Staates Österreich setzten Bestrebungen zur Reform des Handelsrechts ein, für deren Richtung der als nahe bevorstehend vermeinte Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich bestimmend war. Der im März 1920 vom Staatsamt für Justiz veröffentlichte, von Professor Dr. Oskar Pisko (Universität Wien) ausgearbeitete „Entwurf eines Handelsgesetz-

buchs samt Begründung" stellt sich im wesentlichen als Reception des deutschen Handelsgesetzbuchs dar, dessen Vorschriften nur die durch seine Einfügung in das System der österreichischen Rechtsordnung notwendigen Änderungen und Ergänzungen erfahren haben. Der Entwurf wurde den Handelskammern, Anwaltskammern, Universitäten und anderen interessierten Korporationen zur Erstattung gutachtlicher Äusserungen vorgelegt. In diesen und auch zum Teil im Schrifttum wurden gegen die Richtlinien des Entwurfs eine Reihe von Bedenken geltend gemacht; sie gipfelten darin, dass das deutsche Handelsgesetzbuch in vielen Punkten durch Rechtssprechung, Rechtswissenschaft und Auslandsgesetzgebung überholt sei, und dass ausserdem eine sachlich unveränderte Übernahme dieses Gesetzes das österreichische Handelsrecht von dem der – noch an dem alten Handelsgesetzbuch festhaltenden – Successionsstaaten (Tschechoslowakei, Polen, Jugoslavien, Italien, Rumänien, soweit ehemals zur österreichisch-ungarischen Monarchie gehörig,) mit denen Österreich zum Teil sehr rege Handelsbeziehungen unterhalte, entferne.

Auch wurden die Aussichten des erwähnten Entwurfs, als Grundlage eines neuen Handelsrechts in Österreich zu dienen, dadurch erheblich herabgemindert, dass einmal mit der Verminderung der Hoffnung auf einen nahe bevorstehenden Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich das Hauptziel des Entwurfs, die schleunige Wiederherstellung der deutschen Rechtseinheit auf dem Gebiete des Handelsrechts an Bedeutung verlor und dass weiterhin kurze Zeit vor Veröffentlichung des Entwurfs die deutsche Regierung eine Revision des deutschen Handelsgesetzbuchs angekündigt hat. Tatsächlich ist die Umgestaltung des österreichischen Handelsgesetzbuchs im Sinne des Entwurfs bislang unterblieben.

Wohl aber wurde die Frage der deutsch-österreichischen Rechtsangleichung auf dem Gebiete des Handelsrechts wieder ins Rollen gebracht und auch zu Gunsten einer solchen Rechtsangleichung entschieden durch den Antrag der Abgeordneten im österreichischen Nationalrat Heinl, Buchinger, Partik, Bauer Franz und

Genossen. Der Antrag enthielt einen Gesetzentwurf und einen ausführlichen Motivenbericht. Durch den Justizausschuss hat der Entwurf einige Änderungen und Ergänzungen erfahren. Ein sorgfältig ausgearbeiteter Ausschussbericht (Beilage 133 der 3. Gesetzgebungsperiode) gibt Aufschluss über die Gründe und den äusseren Anlass der Gesetzesreform. Der Nationalrat hat den Entwurf in der Fassung, die er durch den Justizausschuss erhalten hat, zum Gesetz erhoben. Es wurde am 6. März 1928 (Bundesgesetzblatt Nr. 63) als „Bundesgesetz vom 16. Februar 1928, betreffend Änderung einiger Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über Kaufleute (Handelsgesetznovelle)" veröffentlicht und trat am 1. April 1928 in Kraft (§ 10 der Novelle).

Die Novelle bringt als einschneidende Neuerungen 1. eine Erweiterung des Kaufmannsbegriffs, 2. eine Änderung des Merkmales, das den Begriff des Vollkaufmanns und den des Minderkaufmanns bestimmt, daher auch eine Änderung der Voraussetzungen der Pflicht und des Rechts zur Registrierung im Handelsregister, 3. eine besondere Vorschrift über die Rechtsstellung von Personen, deren Firma zu Unrecht im Handelsregister eingetragen ist. Die genannten Gegenstände werden in nahezu vollständiger Anlehnung an das deutsche Handelsgesetzbuch geregelt. Die Novelle kann also als der erste grosse Schritt, in der Richtung einer deutsch-österreichischen Rechtsangleichung auf dem Gebiete des Handelsrechts bezeichnet werden.

I. Kapitel.

Kaufleute kraft Gegenstands des Gewerbebetriebs.

1. Als Kaufmann galt nach Art 4 a. d. HGB., alter Fassung, „wer gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreibt". Diese Bestimmung ist durch die Neufassung des Art. 4 (siehe § 1 der Novelle) inhaltlich dadurch aufrechterhalten worden, dass hienach „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt" (Abs. I) und dass „als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb gilt, der Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat" (Abs. II). Als Handelsgeschäfte bezeichnet das Gesetz gewisse, im allgemeinen vorwiegend dem kaufmännischen Leben angehörende Rechtsgeschäfte, von denen folgende Kategorien zu unterscheiden sind:

a) Geschäfte, die schon durch ihren objektiven Inhalt zu Handelsgeschäften gestempelt werden, wobei es dann gleichgültig ist, ob sie von einem Kaufmann oder Nichtkaufmann, ob sie blos gelegentlich, vereinzelt, oder gewerbsmässig betrieben werden. Sie werden unter dem Ausdruck „absolute Handelsgeschäfte" zusammengefasst und sind in Art. 271 a. d. HGB. erschöpfend aufgezählt.

b) Geschäfte, die nur dann als Handelsgeschäfte anzusprechen sind, wenn sie gewerbsmässig d. h. in einer auf Erzielung einer dauernden Einnahme gerichteten Absicht, also nicht blos gelegentlich oder vereinzelt ohne inneren Zusammenhang betrieben werden: relative Handelsgeschäfte. Von ihnen handelt Art. 272 a. d. HGB.

c) Den absoluten und relativen Handelsgeschäften stehen die sogenannten accessorischen Handelsgeschäfte gegenüber, das sind solche Geschäfte, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes schliesst. (Art. 273 a. d. HGB.) Sie setzen also eine bereits begründete Kaufmannseigenschaft voraus, können also zur Abgrenzung des Begriffs „Kaufmann" nicht herangezogen werden und haben daher im Rahmen der vorliegenden Betrachtung von vornherein auszuscheiden.

2. Jedoch begründet nur der gewerbsmässige Betrieb der absoluten, ebenso wie der der relativen Handelsgeschäfte für den Unternehmer die Eigenschaft eines Kaufmanns kraft Gewerbebetriebes. Aus diesem Grunde werden die relativen und absoluten Handelsgeschäfte auch unter der Bezeichnung Grundhandelsgeschäfte zusammengefasst. Eine eingehende Darstellung des weitverzweigten Rechtsgebietes der Grundhandelsgeschäfte, würde über die der gegenwärtigen Darstellung gezogenen Grenzen hinausgehen, es möge daher eine allgemeine Aufzählung hier genügen. Im einzelnen aber kann auf die zu Art. 271, 272 a. d. HGB. bei Altmann – Jakob – Weiser „Handels-, Wechsel-, Scheck-, Post- und Eisenbahnfrachtrecht" 2. Auflage, Wien 1926, Seite 221 ff. angeführten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, sowie die bezüglichen Ausführungen bei Goldschmidt „Handbuch des Handelsrechts" 2. Auflage 1874, insbesondere aber bei Staub-Pisko „Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich" 1908, 1910 verwiesen werden.

A. Die absoluten Handelsgeschäfte des Art. 271:

a) Ziffer 1: Gegenstand der Geschäfte sind bewegliche Sachen (daneben sind überflüssiger Weise erwähnt „Waren") und für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere. Als Inhalt des Geschäftes ist in Ziff. 1 bezeichnet die Anschaffung der obigen Gegenstände. Unter Anschaffung ist zu verstehen „jedes auf Eigentumserwerb gerichtete entgeltliche zweiseitige Rechtsgeschäft unter Lebenden" (Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923 S. 29), z. B. Kauf, Tausch, Annahme an Zahlungsstatt. Keine Anschaffung ist darnach ein Erwerb durch unentgeltliches oder einseitiges Rechtsgeschäft, wie z. B. Erwerb durch Urproduktion. Der

Anschaffung muss aber die Absicht der Weiterveräusserung zugrunde liegen, damit der Tatbestand der Ziffer 1 erfüllt ist, so dass also die Anschaffung bereits eine Betätigung des auf Veräusserung gerichteten Willens enthalten muss. Ob die beweglichen Sachen dann in Natur oder nach einer Verarbeitung oder Bearbeitung weiterveräussert werden, macht keinen Unterschied. Eine etwaige Umgestaltung kann sich auf mechanischem oder chemischem Wege oder unter Einwirkung eines organischen Prozesses vollziehen.

b) Ziffer 2: Diese Bestimmung hat zum Gegenstand die Veräusserung nicht im Vermögen des Veräusserers befindlicher beweglicher Sachen oder für den Handelsverkehr bestimmter Wertpapiere, die der Veräusserer zur Erfüllung seiner Lieferungspflicht anzuschaffen beabsichtigt.

c) Ziffer 3 beschäftigt sich mit der Versicherung gegen Prämie. (Gegensatz: wechselseitige Versicherung). Hierunter fällt nicht nur die Schadens- oder Vermögensversicherung (z. B. Feuer-, Einbruch- oder Haftpflichtversicherung), sondern auch die Summen- oder Personenversicherung. (Lebens-, Unfall- und Krankenversicherung).

d) Ziffer 4 hat zum Gegenstand die Beförderung von Gütern oder Personen zur See und die sogenannte Bodmerei (s. Art. 680 a. d. HGB).

e) Als weitere nicht unter Art. 271 fallende absolute Handelsgeschäfte sind zu nennen die Börsengeschäfte (§ 14 Börsengesetz vom 1. April 1875). Das sind „Geschäfte, die zum Besuch der Börse berechtigte Personen im öffentlichen Börsenlokale zur festgesetzten Börsenzeit über solche Gegenstände abschliessen, die an der betreffenden Börse gehandelt und notiert werden dürfen". (Pisko a. a. O. S. 33).

B. Die relativen Handelsgeschäfte
(Art. 272 a. d. HGB., § 6 Lagerhausgesetz).

Sie lassen sich in 3 Gruppen einordnen, von denen die erste als Handelsgeschäft charakterisiert wird durch die Gewerbsmässigkeit des Betriebs, die zweite durch die Ausdehnung oder

den Umfang des gewerbsmässigen Betriebs, die dritte durch das Erfordernis einer Konzession. Darnach sind bei gewerbsmässigem Betrieb, aber ohne Rücksicht auf Umfang und Art Handelsgeschäfte:

a) Die Bankiers- und Geldwechslergeschäfte (Ziffer 2).

b) Die Übernahme der Beförderung von Gütern zu Lande und auf Binnenwässern (Ziffer 3).

c) Die Übernahme von Aufträgen, Geschäfte für andere abzuschliessen oder zu vermitteln. (Ziffer 4).

d) Die Verlagsgeschäfte und sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels (Ziffer 5). „Verlagsgeschäfte sind die auf Vervielfältigung eines Schrift- oder Kunstwerks und auf Verbreitung der selbsthergestellten Vervielfältigungen hinzielenden Geschäfte." (Pisko a. a. O. S. 34).

Ferner sind Handelsgeschäfte, wenn ihr gewerbsmässiger Betrieb durch seinen Umfang oder seine Art über den Kleinbetrieb hinausgeht:

a) Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere (Ziffer 1).

b) Die Geschäfte der Druckereien (Buch- und Kunstdruckereien, Ziffer 5).

c) Übernahme der Beförderung von Personen (Ziffer 3), mit Ausnahme der Personenbeförderung zur See (s. Art. 271 Ziff. 4). Mit dem Ausdruck „Anstalt" weist das Gesetz auf einen Grossbetrieb, wenn auch nicht auf einen fahrplanmässigen Betrieb hin.

Die Aufbewahrung fremder Waren ist ein Handelsgeschäft, wenn sie von einem öffentlichen Lagerhaus betrieben wird. Ein Lagerhaus ist ein öffentliches, wenn ihm die Konzession verliehen wurde, die Aufbewahrung von Waren geschäftsmässig zu betreiben und indossable Lagerscheine über die eingelagerten Waren auszustellen. (§§ 1, 6 Lagerhausgesetz vom 28. April 1889). Den Aufbewahrungsgeschäften der privaten Lagerhäuser kommt die Eigenschaft von Handelsgeschäften nicht zu.

3. Wie bereits erwähnt, wird die Kaufmannseigenschaft durch

den gewerbsmässigen Betrieb eines Grundhandelsgeschäftes erworben. Bei der Beantwortung dessen, was unter gewerbsmässigem Betrieb eines Unternehmens zu verstehen sei, hat Rechtssprechung und Literatur einen Fragenkomplex von beträchtlichem Umfang aufgeworfen. Im wesentlichen ist kurz folgendes zu sagen:

a) Begriff des Betriebs.

Nach der herrschenden Lehre, die sich hier auch mit der Rechtssprechung deckt, (RGZ. 13, 146) „betreibt" derjenige ein Handelsgewerbe, in dessen Namen die Handelsgeschäfte vorgenommen werden, also derjenige, der aus ihnen berechtigt und verpflichtet wird. Ein Gewerbe betreiben heisst also soviel wie Subjekt der aus den geschäftlichen Beziehungen erwachsenden Rechte und Pflichten sein. Es ist also gleichgültig, mit welchem Mass von persönlicher Betätigung der Betriebsinhaber am Betrieb teilnimmt, ja, ob er überhaupt im Betrieb tätig wird und das Geschäft nicht vielmehr durch einen Dritten betreiben lässt, z. B. die Ehefrau durch den Ehemann, die Witwe des Geschäftsherrn durch den Prokuristen. Auch auf das Mass der Kapitalbeteiligung kommt es hier nicht an, ebensowenig wie darauf, wem die Vorteile, bezw. Nachteile aus den abgeschlossenen Geschäften zugute kommen. (RGZ. 37, S. 61). Vielmehr ist und bleibt Geschäftsherr im juristischen Sinne der Träger der aus dem Geschäftsbetrieb erwachsenen Rechte und Verpflichtungen. Ohne Belang ist es ferner, auf wessen Rechnung der Geschäftsabschluss erfolgt, so dass derjenige kein Kaufmann ist, auf dessen Namen das Geschäft nicht geht, mag es auch auf seine alleinige Rechnung gehen und er vorzugsweise oder auch ausschliesslich dem Betrieb seine Arbeitskraft widmen.

Dementsprechend sind Kaufleute der Bevormundete, auf dessen Namen der Vormund das Geschäft betreibt, die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft als solche (ROHG 3 S. 434); keine Kaufleute sind der Prokurist, der Handlungsgehilfe, (JW 09 S. 695), der Vorstand einer Aktiengesellschaft (RGSt 47 S. 40). Auch der Kommanditist ist kein Kaufmann (bestritten: Mosse — Heymann HGB 17. Aufl. Anm. 3 zu § 161). Zwar wird das Handelsgeschäft auch in seinem Namen betrieben (Art. 150 a. d. HGB),

jedoch erblickt die herrschende Lehre im Kommanditisten keinen selbständigen als Betriebsinhaber anzusprechenden Unternehmer; als solchen bezeichnet sie vielmehr nur den, der für das von ihm betriebene Handelsgeschäft seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Von einem Einsetzen der Rechtspersönlichkeit kann aber im Hinblick auf die begrenzte Haftung des Kommanditisten nur in beschränktem Masse die Rede sein, wie überhaupt die Teilnahme des Kommanditisten am Betrieb mehr als Kapitalbeteiligung wie als Unternehmerschaft sich darstellt. Aus dem Dargelegten ergibt sich somit eine Beschränkung des Begriffsmerkmals des Kaufmanns in der Richtung, dass nur derjenige Kaufmann ist, der ein Handelsgewerbe so betreibt, dass er für die entstehenden Verbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

b) Ein weiteres, die Kaufmannseigenschaft begründendes Begriffsmerkmal ist die Gewerbsmässigkeit der betriebenen Handelsgeschäfte. Ein Handelsgeschäft wird dann gewerbsmässig betrieben, wenn es der Absicht entspringt, mit demselben eine dauernde Einnahmequelle zu erzielen. (ROHG 3 S. 407; D 11; RGZ 38 S. 18). Das Vorliegen dieser Absicht ist hier von entscheidender Bedeutung. Sie ist das einigende Band, das sich um die dieser Absicht entspringenden, auf Abschluss einer im voraus unbestimmten und unbestimmbaren Reihe von Geschäften gerichteten Willensbetätigungen schlingt, ihnen den Stempel der Gewerbsmässigkeit aufdrückt, und den, der sie betreibt, als Kaufmann erscheinen lässt. Der Begriff „Gewinn" erfordert ein über die zur Deckung der Selbstkosten erforderlichen Mittel hinausgehendes Mass von Einkünften. Deshalb ist derjenige nicht Kaufmann, der ein Handelsgewerbe lediglich in der Weise betreibt, dass er nur seine Selbstkosten decken will. Andererseits liegt Gewerbsmässigkeit auch dann vor, wenn zwar Gewinne erzielt werden, diese aber nicht eigennützigen Zwecken des Unternehmers, sondern etwa religiösen, politischen oder gemeinnützigen Zwecken dienstbar gemacht werden sollen. (OLG 9 S. 241). Hiebei ist aber eine Einschränkung insoweit zu machen, als unter den Begriff der Gewerbsmässigkeit nur eine solche auf Erzielung dauernden Gewinnes gerichtete Tätigkeit fällt, die unter Ausnützung kaufmännischer und allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten dem Zweck der Gewinnerzielung nachstrebt. Wo sich diese Tätigkeit auf künst-

lerischem oder wissenschaftlichem Gebiet bewegt, fehlt einem derartigen Betrieb der Begriff des Gewerbsmässigen, wenn diese Tätigkeit auch berufsmässig ausgeübt wird. Berufsmässigkeit ist eben noch nicht Gewerbsmässigkeit; deshalb fallen nicht unter den Begriff Kaufmann z. B. Rechtsanwälte, Schriftsteller, Tonsetzer, Lehrer, Maler usw. (Sob. S. 50 ff.). Auch die Ärzte sind dieser Gruppe zuzuzählen. Eine Ausnahme kann sich aber für den Fall ergeben, dass mit der Ausübung des ärztlichen Berufes sich der Betrieb einer Heilanstalt verbindet, der sich allenfalls als ein Gewerbebetrieb darstellen kann. Für die Abgrenzung dürfte entscheidend sein, ob der Betrieb der Anstalt als selbständige Einrichtung zur Erzielung einer dauernden Einnahme dient, oder ob er sich lediglich als Mittel zum Zweck der, wenn auch mit Gewinnbezug verbundenen Ermöglichung und Förderung der ärztlichen Berufstätigkeit darstellt. Im ersteren Falle liegt Gewerbebetrieb vor, im zweiten nicht. Ähnliche Gesichtspunkte gelten auch bei der Beurteilung eines chemischen Laboratoriums z. B. für Nahrungsmittelherstellung, oder eines Technikums. Es ist also zu unterscheiden, ob mit dem Unternehmen nur rein wissenschaftliche Zwecke verfolgt werden, oder ob mit ihm nicht auch die Erzielung von Gewinn in solchem Masse verbunden ist, das dieselbe als wirtschaftlichen Selbstzweck des Unternehmens, dieses also als Gewerbebetrieb erscheinen lässt.

Wo das Streben nach Gewinnerzielung die geschäftliche Betätigung beherrscht, ist Gewerbsmässigkeit auch dann gegeben, wenn dieses Streben nicht bei jedem Geschäft obwaltet, z. B. einzelne Geschäfte unentgeltlich gemacht werden, oder wenn das Handelsgeschäft nicht den ausschliesslichen oder nicht den Hauptberuf des Unternehmers bildet. (ROHG 9 S. 436). Der Gewerbebetrieb braucht nicht die Grundlage der sozialen Existenz zu sein, (Staub-Pisko a. a. O. § 10 zu Art. 4), sodass auch der Beamte oder der Künstler, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, Kaufmann ist.

Wenn nun die genannten Erfordernisse der Gewerbsmässigkeit vorliegen, dann ist jedes, auch das erste, auf Grund der Absicht dauernden Gewinnes abgeschlossene Geschäft als gewerbsmässig anzusehen. Diese Konsequenz beruht auf dem Grundsatz, dass schon die blosse Absicht, gewerbsmässig Handelsgeschäfte

zu betreiben, die Kaufmannseigenschaft begründet, sofern nur die tatsächlichen Umstände der Verwirklichung dieser Absicht nicht entgegenstehen. Wer also durch Ankündigung in den öffentlichen Blättern, durch Einrichtung einer Fabrik, Eröffnung eines Ladens usw. zu erkennen gegeben hat, dass er für die Zukunft eine unbestimmte Reihe von Handelsgeschäften eingehen wolle, der „betreibt" zwar noch nicht das Handelsgewerbe, allein schon der erste Akt, der in Ausführung der ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten Gewerbsabsicht geschieht, ist ein Akt dieses Gewerbes. (Goldschmidt, § 43 Ziffer 3). Dem obenangeführten Grundsatz entspricht es weiterhin, auch die sogenannten Vorbereitungsgeschäfte: Einkauf von Einrichtungsgegenständen, Anschaffung von Waren zwecks Veräusserung, Anstellung von Gehilfen, Eingehen von Verbindlichkeiten zur Begründung oder Erwerbung des Geschäfts, als gewerbsmässig betriebene Handelsgeschäfte und ihren Unternehmer als Kaufmann anzusehen. Ein von einem Schankwirt (s. Art. 271 Ziffer 1 a. d. HGB) in der Absicht, einen Schankwirtschaftsbetrieb einzurichten, abgeschlossener Darlehensvertrag, der unmittelbar der Einrichtung seines Geschäfts dienen soll, muss somit als im Betrieb seines Handelsgewerbes abgeschlossen und der Wirt dementsprechend als Kaufmann angesehen werden.

c) Wenn auch jede rechtsfähige Person Kaufmann sein kann, so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbständig ein Handelsgewerbe zu betreiben d. h. die zum Gewerbebetrieb gehörigen Rechtsakte eigenmächtig vorzunehmen. Es macht sich hier der Unterschied geltend zwischen der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (Rechtsfähigkeit) und der Fähigkeit, Rechte und Pflichten selbständig zu erzeugen (Geschäftsfähigkeit). Aus dem Betrieb eines Handelsgewerbes erwachsen dem Unternehmer naturnotwendig Ansprüche und Verbindlichkeiten; will er also das Gewerbe selbst betreiben, so muss er nicht nur rechtsfähig, sondern auch geschäftsfähig sein. Wem somit im Falle des selbständigen Betriebs eines Handelsgewerbes die Geschäftsfähigkeit mangelt oder nur beschränkt zusteht, der bedarf hiezu der Mitwirkung einer unbeschränkt geschäftsfähigen Person, sei es in Form der Zustimmung oder der Vertretung. Im anderen Falle sind die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam. Damit aber entfällt zugleich ein weiteres Begriffsmerkmal des

kaufmännischen Gewerbebetriebs, nämlich das der Rechtsgültigkeit des Betriebs. Ein von einem Minderjährigen ohne Genehmigung des Vormunds gewerbsmässig betriebenes Handelsgeschäft ist also, da die in ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Rechtsgültigkeit entbehren, nicht geeignet, die Kaufmannseigenschaft des Minderjährigen zu begründen. Zur Rechtsgültigkeit des Betriebs gehört auch, dass die Geschäfte um ihrer selbst willen nicht ungültig sind (z. B. wegen Wuchers). Dagegen reicht die blosse Anfechtbarkeit der Geschäfte, der Umstand, dass sie ganz oder zum Teil auf Täuschung abzielen, nicht aus, um die Kaufmannseigenschaft zu verneinen.

4. Wo die Erfordernisse des rechtsgültigen, gewerbsmässigen Betriebs von Handelsgeschäften zusammentreffen, ist Kaufmannseigenschaft vorhanden und zwar soweit und solange diese Erfordernisse vorliegen. (Staub, Band I S. 37 ff)

a) Die Kaufmannseigenschaft ergreift also nicht ohne weiteres die Gesamtpersönlichkeit des Unternehmers, dieser ist vielmehr nur insoweit Kaufmann, als seine Betätigung in das Gebiet seines kaufmännischen Betriebes fällt. Betreibt also eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Kaufmann, mit Bezug auf das andere Nichtkaufmann sein. Doch trifft dies nur zu, wenn mehrere Gewerbe tatsächlich getrennt betrieben werden, nicht also wenn z. B. ein technischer Betrieb die Grundlage für den Abschluss von Handelsgeschäften bildet, wie dies beim Fabrikanten regelmässig der Fall sein wird. Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sind als solche Kaufleute, aber immer nur in Beziehung auf ihre Teilhaberschaft. (ROHG 3 S. 434; JW 09 S. 695).

b) Die genannten Erfordernisse sind weiterhin für Beginn, Fortdauer und Ende der Kaufmannseigenschaft entscheidend. Daher hat der, welcher die Eigenschaft eines Kaufmanns für sich in Anspruch nimmt, die tatsächlichen Unterlagen hiefür beizubringen und zu beweisen, dass er zur fraglichen Zeit ein Handelsgewerbe betrieben hat. Eine rechtliche Vermutung, dass jemand, der Kaufmann gewesen ist, es auch verbleibt, besteht nicht. Hiebei ist es aber nicht ausgeschlossen, dass sich die Beweislast mit Rücksicht

auf die durch die regelmässigen Erfahrungssätze des Lebens geschaffene tatsächliche Vermutung umkehrt.

Die Kaufmannseigenschaft kraft Gewerbebetriebs hört auf nicht nur beim Wegfall aller gesetzlichen Voraussetzungen, sondern schon beim Wegfall einer derselben, insbesondere, wenn der gewerbsmässige Betrieb aufhört. Dazu ist aber erforderlich, dass der Abschluss von Handelsgeschäften nicht bloß zeitweilig ausgesetzt, sondern endgültig eingestellt wird. Verliert der Kaufmann die Geschäftsfähigkeit und führt er zugleich das Gewerbe weiter, so ist dies kein Gewerbebetrieb im gesetzlichen Sinne mehr. Beim Eintritt des Konkurses verliert der Gemeinschuldner die Kaufmannseigenschaft nicht nur dann, wenn der Konkursverwalter den Betrieb einstellt, sondern auch dann, wenn er das Geschäft fortführt, weil sich die Akte des Konkursverwalters als obrigkeitliche Zwangsverkäufe einer beschlagnahmten Vermögensmasse darstellen, ferner auch, weil sie ohne die Absicht, sich eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen, den engbegrenzten Zweck verfolgen, die vorhandenen Schulden und Verwaltungskosten zu decken. Hingegen bleibt der Gemeinschuldner Kaufmann, wenn er nach Konkurseröffnung fortfährt, gewerbsmässig Handelsgeschäfte zu betreiben (RGZ 13 S. 152).

Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft und ihr Eintritt in den Liquidationszustand endigt die Kaufmannseigenschaft nicht unbedingt sofort. Ist das Gewerbe zur Zeit der Auflösung noch vorhanden und wird es liquidiert, so liegt darin der Betrieb des Handelsgewerbes. Zwar haben die Gesellschafter beschlossen, das Gewerbe nicht mehr dauernd zu betreiben, aber was nunmehr geschieht, sind doch immer Gewerbebetriebsakte, wenn auch die letzten. Die so abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte. Auch die von einem Kaufmann zum Zwecke der Liquidation geschlossenen Geschäfte gehören zum Betriebe des Handelsgewerbes. (ROHG 23 S. 144).

5. Die Begriffsbestimmung der Kaufmannseigenschaft ist eng an die durch die oben dargestellten Erfordernisse gezogenen gesetzlichen Grenzen gebunden. Eine Aufstellung weiterer Erfordernisse für die Kaufmannseigenschaft ist sonach nicht zulässig.

a) Das Handelsgesetzbuch stellt kein subjektives Erfordernis für die Kaufmannseigenschaft auf. Daraus folgt, daß jeder Rechtsfähige, also nicht bloß jeder Geschäftsfähige in der Lage ist ein Handelsgewerbe zu betreiben, also Kaufmann zu sein, da ja derjenige das Handelsgewerbe betreibt, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Unter den Kreis der Rechtsfähigen fallen nicht bloß die natürlichen, sondern auch die juristischen Personen, insbesondere auch die des öffentlichen Rechts (Gemeinden, religiöse Körperschaften usw.). Auch diese werden somit durch den gewerbsmäßigen Betrieb eines Handelsgeschäfts zu Kaufleuten.

Bezüglich des Staates gilt § 8 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch: „Inwiefern Unternehmungen des Staates in das Handelsregister einzutragen und daher den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura zu unterziehen seien, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen." Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß auch der Staat als Kaufmann auftreten kann. Klaren Ausdruck findet diese Schlußfolgerung in § 1 des Gesetzes vom 19. Juli 1923, Bundesgesetzbl. Nr. 407,: „Zur Führung des Betriebes der Bundesbahnen wird unter der Firma „Österreichische Bundesbahnen" ein eigener Wirtschaftskörper gebildet. Diese Unternehmung . . . ist . . . als Kaufmann beim Handelsgericht in Wien zu protokollieren", ferner in § 1 Abs. III VO. vom 17. August 1925, BGBl. Nr. 313: „Die „Österreichische Lichtbildstelle" hat ihren Sitz in Wien und ist als Kaufmann beim Handelsgericht in Wien zu protokollieren".

b) Zur Begründung der Kaufmannseigenschaft kraft Gewerbebetriebs ist weder die Erfüllung irgendwelcher Formalitäten z. B. Eintragung im Handelsregister, noch die Beachtung der einschlägigen polizeilichen oder steuergesetzlichen Gebote erforderlich und genügend, noch endlich ist es erheblich, daß die einschlägigen Normen des öffentlichen Rechts einem bestimmten Gewerbebetrieb überhaupt entgegenstehen. Ein Gastwirt also, der nach Entziehung der Konzession und mit Hinterziehung der Getränkesteuer geistige Getränke verkauft, der gewerbsmäßige Hersteller und Verkäufer

eines verbotenen Heilmittels, ein Angehöriger des Beamtenstandes, der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwider Handel treibt, ist Kaufmann.

c) Auch bildet es kein Erfordernis der Kaufmannseigenschaft, dass der Gewerbebetrieb auf freiem Entschluss des Unternehmers beruht und nicht vielmehr Gesetz oder Vertrag auf die Art des Betriebs bestimmend einwirken. Deshalb ist ein Apotheker Kaufmann, obwohl er hinsichtlich der Waren und der Preise gesetzlichem Zwang unterliegt.

d) Das Reichsoberhandelsgericht hat wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, dass als Kaufmann nur derjenige zu betrachten sei, der als solcher auch gegenüber der Öffentlichkeit auftritt. Dieser Grundsatz findet jedoch weder im Wortlaut noch im Sinne des Art. 4 a. d. HGB eine Stütze und kann deshalb nicht gebilligt werden. Mit Recht sieht deshalb Staub-Pisko (Band I S. 24) hierin die unzulässige Aufstellung eines weiteren vom Gesetz nicht beabsichtigten Erfordernisses der Kaufmannseigenschaft, das auch in der Natur der Sache nicht begründet ist.

6. Während das Gesetz in den Art. 4 mit 271, 272 a. d. HGB die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft kraft Gegenstand des Gewerbebetriebs allgemein festgelegt hat, hat es im Falle des § 1 des Handelsagentengesetzes das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft beim Vorhandensein der dort genannten Voraussetzungen in dem durch § 6 Abs. 2 der Novelle ausdrücklich aufrechterhaltenen Abs. 2 des § 1 HAG ausdrücklich statuiert. Im übrigen dürfte sich die Kaufmannseigenschaft des Handelsagenten, wenn auch nicht in allen, so doch in den meisten Fällen aus Art. 272 Ziffer 4 (Vermittlung und Abschliessung von Handelsgeschäften für Andere) in Verbindung mit Art. 4 a. d. HGB ergeben.

II. Kapitel

Formkaufleute.

Als Formkaufleute, d. h. als Kaufleute ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens galten bisher die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 61 Abs. 3 G. m. b. H. Gesetz) und die „gemeinwirtschaftliche Anstalt" (§ 27 Abs. 1 des Gesetzes über gemeinwirtschaftliche Unternehmungen vom 29. Juli 1919, BGB. I Nr. 389). Der durch § 3 der Novelle neugefasste Artikel 10 a. d. HGB spricht nun in seinem Absatz 3 aus, dass „die Rechte und Pflichten der juristischen Personen, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns vollen Rechts beilegt", durch die Vorschriften nicht berührt werden, die Kleingewerbetreibende von den Bestimmungen über Firma, Handelsbücher und Prokura ausnehmen. Damit ist aber auch mittelbar ausgesprochen, dass die oben angeführten Bestimmungen des G. m. b. H. Gesetzes und des Gesetzes über gemeinwirtschaftliche Unternehmungen auch als Ausnahmen gegenüber der Regel des Art. 4 a. d. HGB. über die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft —, nicht nur als Ausnahmen gegenüber der Regel des Art. 10 über die Voraussetzungen der Vollkaufmannseigenschaft — in Kraft bleiben. Die Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der „gemeinwirtschaftlichen Anstalt" bleibt somit auch weiterhin von dem Gegenstand des Unternehmens unabhängig.

III. Kapitel

Kaufleute kraft Art und Umfangs des Betriebs.

1. Zu den im vorausgehenden angeführten, bereits dem geltenden Rechte bekannten Kategorien von Kaufleuten gesellt sich nun eine weitere, indem § 1 der Novelle dem Art. 4 a. d. HGB einen dritten Absatz beifügt des Inhalts, dass ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert, auch dann als Handelsgewerbe zu gelten hat, wenn es keine Handelsgeschäfte im Sinne von Abs. 2 des Art. 4 zum Gegenstande hat, soferne die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Diese Bestimmung enthält im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1, wonach Kaufmann derjenige ist, der ein Handelsgewerbe betreibt, eine Erweiterung des Kaufmannsbegriffs, die man wohl mit Recht als die einschneidenste Neuerung der Handelsgesetznovelle bezeichnen kann; wird doch dadurch, wie es bereits im deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (§ 2) geschehen war, „eine Generalklausel geschaffen, die es ermöglicht, jedes seinem inneren Wesen nach kaufmännische Unternehmen unter das Handelsrecht zu stellen" (Düringer-Hachenburg § 2, I.) und so auch die Unternehmer derjenigen, mit kaufmännischer Organisation ausgestatteten Betriebe unter die Reihen der Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches aufzunehmen, die zwar bisher nach den Anschauungen des Verkehrs tatsächlich als Kaufleute galten, im Rechtssinne jedoch Nichtkaufleute waren.

Konnte nun bei der Darstellung des Kaufmannsbegriffs kraft Gegenstands des Gewerbebetriebs die deutsche Lehre und Rechtsprechung vielfach herangezogen werden, so können diese bei der Behandlung des Kaufmannsbegriffs kraft Art und Umfangs

des Gewerbebetriebs uneingeschränkte Verwertung finden, da sich die letztere Materie durchaus auf dem Boden des deutschen Handelsrechts bewegt, was schon durch die nahezu vollständige textliche Anlehnung des Abs. III des Art. 4 a. d. HGB (neue Fassung) an § 2 des deutschen HGB äusseren Ausdruck findet.

2. Die Qualifikation des Unternehmens nach Art. 4 Abs. III a. d. HGB (s. § 1 der Novelle) teilt sich in Erfordernisse materieller und formeller Natur.

A. Als materielle Voraussetzung wird zunächst verlangt

a) das Vorliegen eines gewerblichen Unternehmens. Der Begriff desselben kann aus dem Inhalt des ersten Kapitels (s. 3 b) geschöpft werden und braucht hier nicht mehr näher dargelegt zu werden. Liegt also insbesondere ein in der Absicht dauernder Gewinnerzielung erfolgender rechtsgültiger Abschluss von Geschäften vor, so wird beim Hinzutreten der übrigen Voraussetzungen des Abs. III a. a. O. das Gewerbe ein Handelsgewerbe, auch wenn der Betrieb keine Handelsgeschäfte (Art. 271, 272 a. d. HGB) zum Gegenstande hat, weshalb nunmehr auch ein Handel mit Grundstücken (vergl. Art. 275) unter Art. 4 Abs. III fallen kann. Liegen aber jene Voraussetzungen nicht vor, so kann der Betrieb auch nach Abs. III a. a. O. kein Handelsgewerbe werden. Es kann daher ein Unternehmen mit rein künstlerischen oder wissenschaftlichen Tendenzen, z. B. der Betrieb einer Unterrichtsanstalt auch auf der Grundlage des genannten Abs. III nicht die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers begründen, weil es hier an dem für die Kaufmannseigenschaft auch nach Abs. III unerlässlichen Erfordernis der Gewerbsmässigkeit des Betriebs mangelt.

b) Ein Unternehmen muss, um der Beurteilung nach Abs. 3 des Art. 4 unterliegen zu können, nach seiner qualitativen und quantitativen Anlage eine kaufmännische Organisation notwendig machen. Kaufmännisch organisiert ist ein Betrieb dann, wenn er mit denjenigen Einrichtungen ausgestattet ist, die das Geschäftsleben herausgebildet hat, um Ordnung und Übersichtlichkeit des Unternehmens zu gewährleisten. Zu diesen Einrichtungen gehört vor allem die Buchführung, die Aufbewahrung der eingehenden, Kopierung der auslaufenden Korrespondenz, Art des Briefwechsels

und der Kassenführung, die spezifisch kaufmännische Art der Inanspruchnahme von Kredit, der Einzug von Aussenständen, sowie die Regulierung von Verbindlichkeiten, insbesondere auf dem Wege des Wechselverkehrs und des Kontokorrent- und Checkverkehrs mit einem Bankier, die wiederkehrende Einrichtung von Inventar und Bilanz, die Heranziehung fremder Hilfskräfte für kaufmännische Dienstleistungen (z. B. Reisende, Büropersonal) usw. (K. G. v. 11. 3. 1901, Sob. S. 97).

Diese Einrichtungen müssen für den Betrieb erforderlich sein, damit ein Unternehmen im Sinne des genannten Abs. III vorliegt. Dass sie bereits vorhanden sind, ist also weder erforderlich noch genügend, um den Unternehmer zur Eintragung einer Firma und damit zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft zu berechtigen und zu verpflichten. Andererseits kann sich der Unternehmer von der Verpflichtung zur Eintragung und von der Erlangung der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung nicht dadurch willkürlich befreien, dass er seinem Betrieb eine an sich erforderliche kaufmännische Einrichtung nicht gibt. (Staub Band I S. 59.). Auch dadurch kann die Eintragungspflicht nicht illusorisch gemacht werden, dass die nötige Ordnung und Übersicht auch durch andere als kaufmännische Einrichtungen, z. B. nach dem Vorbild staatlicher Betriebe, erzielt wird; denn sonst würden gerade die grössten Privatbetriebe sich von der Eintragung ausnehmen können. Umgekehrt kann die Unterwerfung unter das Kaufmannsrecht nicht dem freien Belieben der Gewerbetreibenden überlassen und ihnen die Möglichkeit eingeräumt werden, die ihnen aus irgend einem Grunde erwünschte Kaufmannseigenschaft dadurch zu erlangen, dass sie ihrem Betrieb ohne ersichtliche Veranlassung eine kaufmännische Einrichtung geben. Die Erlangung der Kaufmannseigenschaft muss der Willkür des Einzelnen entzogen sein, soll sie nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Doch ist hier zu berücksichtigen, dass das tatsächliche Vorliegen einer kaufmännischen Organisation regelmässig auch den Rückschluss auf ihre Erforderlichkeit gestattet, wie umgekehrt ihr Fehlen meist auf ihre Entbehrlichkeit hindeutet.

c) Das Erfordernis kaufmännischer Organisation muss auf Art und Umfang des Unternehmens beruhen, d. h. es muss ein ur-

sächlicher Zusammenhang bestehen zwischen der qualitativen und quantitativen Gestaltung des Unternehmens und der sich daraus ergebenden Unentbehrlichkeit gewisser spezifisch kaufmännischer Einrichtungen im oben (unter 2 A b) besprochenem Sinne. Wie jetzt allgemein anerkannt ist, wird das Erfordernis kaufmännischer Organisation sowohl im Hinblick auf den Betriebsumfang, als auch im Hinblick auf die Betriebsart verlangt. (RGSt 34, 103; 35, 289; Ehrenberg II S. 46; Sob. S. 93). Ehrenberg steht allerdings auf dem Standpunkt, dass Art und Umfang nichts an sich Verschiedenes bedeuten, vor allem nicht den Unterschied von Qualität und Quantität zum Ausdruck bringen wollen, dass vielmehr „Art" der weitere Begriff sei, der auch den „Umfang" in sich schliesse. Diese Definition dürfte, auf den Umfang der Prüfungspflicht des Registerrichters angewendet, doch die Folgerung nach sich ziehen, dass der Registerrichter in den Fällen, wo eine bestimmte Art des Unternehmens bejaht bezw. verneint wird, einer Prüfung der Frage nach dem Umfang des Unternehmens enthoben sei, da nach der obigen Definition mit der Frage der Art notwendig auch die des Umfangs beantwortet sein müsste. Dieser Konsequenz tritt Ehrenberg aber selbst entgegen, indem er ausdrücklich betont, dass sich die Prüfungspflicht des Registerrichters auf die gesamte Art des Unternehmens und insbesondere auch auf dessen Umfang zu erstrecken habe. Dadurch ist aber die praktische Auswirkung der obigen Definition illusorisch gemacht, weshalb ihr lediglich theoretische Bedeutung beizumessen ist. Es muss also stets unabhängig voneinander geprüft werden, ob sowohl der erforderliche Umfang als auch die erforderliche Art des Gewerbebetriebes vorhanden ist (RG. i. IW. 06, 205; 691).

Unter Umfang des Unternehmens ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen. Dieser kann dem Unternehmen entweder durch die grosse Zahl der abgeschlossenen Geschäfte oder auch durch wenige Geschäfte über hohe Wertgegenstände verliehen werden. Der Umsatz ist nur einer der Umstände, die für die Bestimmung des Geschäftsumfangs Berücksichtigung zu finden haben. Weiter kommen in Betracht die Höhe der Gewerbesteuer, das Anlage- und Betriebskapital, die Zahl der Angestellten, die verwendeten Menschen-, Maschinen- und sonstigen Kräfte, die Räumlichkeiten für Lagerung, Herrichtung und Verwertung der Waren,

der Ertrag des Geschäfts. Diese und ähnliche Erscheinungen auf dem Gebiete des geschäftlichen Lebens gestatten einen Schluss auf den Umfang des Unternehmens. Unter Umständen kann schon einer dieser Faktoren den Umfang zweifelsfrei klären (KG v. 11. 3. 01 in OLG 2 S. 396).

Das Erfordernis kaufmännischer Organisation im Hinblick auf die Art des Unternehmens trifft vor allem dann zu, wenn die Wahrung von Ordnung und Übersichtlichkeit im Betrieb kaufmännische Einrichtungen als unentbehrlich erscheinen lässt. Wann dies der Fall ist, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Die Art des Unternehmens wird kaufmännische Einrichtungen vornehmlich erfordern bei der nur allmählichen Anbahnung und Abwicklung geschäftlicher Beziehungen mit einem grösseren Kreis von Lieferanten, Kunden und sonstigen Beteiligten, insbesondere auch bei der Inanspruchnahme oder Gewährung von Kredit bei Wechselverkehr usw. Die Organisation eines Unternehmens kann aber so einfach und durchsichtig sein, dass sich trotz erheblichen Umfangs kaufmännische Einrichtungen erübrigen, dann liegt ein Unternehmen nach Art. 4 Abs. III nicht vor. (RGSt in DIZ 04, 1187). So werden vor allem Tanz-, Turn- und Schwimmunterrichtsanstalten, auch wenn sie in grossem Umfang betrieben werden, kaufmännischer Einrichtungen entbehren können, da die Abwicklung der in solchen Betrieben vorkommenden Geschäfte und die Erhaltung von Ordnung und Übersichtlichkeit wegen ihrer Einfachheit regelmässig ohne Zuhilfenahme einer spezifisch kaufmännischen Organisation erfolgen kann. Umgekehrt kann auch der geringe Umfang eines Unternehmens trotz kaufmännischen Geschäftsbetriebs spezifisch kaufmännische Einrichtungen entbehrlich machen. Hier ist jedoch zu beachten, dass zwar für die Frage der Eintragungsfähigkeit und Eintragungsbedürftigkeit eines Unternehmens nach Art. 4 Abs. III grundsätzlich Art und Umfang des Betriebs in Betracht kommen, daß aber auch ein noch nicht zur vollen Entfaltung gelangtes Gewerbe, wenn es im übrigen auf den Grossbetrieb angelegt ist, zur Eintragung im Handelsregister zugelassen werden kann. Entscheidend für die Frage, ob der Betrieb hier kraft Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, ist aber nicht der Wille oder die Erwartung der Beteiligten, sondern lediglich

die tatsächlichen Umstände, die den Betrieb trotz kleiner Anfänge als umfangreich erscheinen lassen (Sob. 148 II).

B. a) Den im vorausgehenden geschilderten Erfordernissen materieller Art hat sich das formelle Erfordernis der Eintragung der Firma des Unternehmens im Handelsregister hinzuzugesellen, um das Unternehmen zum Handelsgewerbe und den Unternehmer zum Kaufmann werden zu lassen. Die Eintragung eines Unternehmens nach Art. 4 Abs. III entspricht einem Gebot der Verkehrssicherheit. Denn während der Gegenstand eines Unternehmens stets ohne weiteres erkennbar ist, sodass an Hand der Art. 4 Abs. I und II, 271, 272 a. d. HGB von jedermann festgestellt werden kann, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe und sein Unternehmer Kaufmann ist, hängt die Prüfung des Erfordernisses kaufmännischer Betriebseinrichtungen von der Untersuchung und Beurteilung von Umständen ab, die sich dem Blick des Aussenstehenden vielfach entziehen oder ihm überhaupt unzugänglich sind, sodass diesem die Möglichkeit fehlt, sich der Kaufmannseigenschaft des Unternehmers zu versichern. Hier gibt ihm das Handelsregister verlässige Auskunft.

b) Der Unternehmer ist grundsätzlich verpflichtet, die seine Kaufmannseigenschaft bedingende Eintragung der Firma zu bewirken (Art. 4 Abs. III a. E.). Während also die gemäss Art. 19 a. d. HGB dem Kaufmann obliegende Pflicht zur Anmeldung seiner Firma Personen trifft, die bereits infolge gewerbsmässigen Betriebs von Handelsgeschäften oder als Handelsagenten Kaufleute sind, verpflichtet Art. 4 Abs. III zur Bewirkung einer Eintragung, die den Anmeldepflichtigen erst zum Kaufmann macht. Auch die Anmeldepflicht des Art. 4 Abs. III steht unter der Sanktion des § 12 EG a. d. HGB, der eine Erzwingung der Erfüllung aller im Handelsgesetzbuch enthaltenen Anmeldungsvorschriften durch Ordnungsstrafen vorsieht. Ebenso gehört die Verletzung der im Art. 4 Abs. III ausgesprochenen Anmeldepflicht jetzt zu den „Übertretungen der Anmeldungsvorschriften", zu deren Anzeige die in § 13 EG a. d. HGB bezeichneten Behörden und Organe verpflichtet sind.

c) Solange die Firma nicht eingetragen ist, ist ein unter Art. 4 Abs. III fallendes Gewerbe kein Handelsgewerbe, der Unternehmer nicht Kaufmann, auch wenn sein Gewerbebetrieb noch so umfangreich ist, oder dem Bedürfnis entsprechend kaufmännisch eingerichtet ist. Auch dann nicht, wenn er tatsächlich eine Firma führt. Allerdings kann er dadurch nach aussen als Kaufmann gelten und kaufmännische Verpflichtungen auf sich nehmen (s. Kap. 6).

3. a) Die Wirkung des Zusammentreffens der oben dargelegten Erfordernisse ist die, dass das Unternehmen zum Handelsgewerbe und der Unternehmer zum Kaufmann wird, und zwar zum Vollkaufmann. Denn gerade dem Handelsgewerbe des Minderkaufmanns fehlt ja das Erfordernis eines kaufmännisch eingerichteten Betriebs, auch ist ihm das Firmenrecht versagt und damit das Handelsregister verschlossen (Art. 10 a. d. HGB). Nicht notwendig ist, dass die Eintragung zeitlich nachfolgt, so dass es also, wenn ein zu Unrecht eingetragener Betrieb nachträglich die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. III erfüllt, z. B. nachträglich den erforderlichen Umfang erreicht, keiner neuerlichen Eintragung mehr bedarf.

b) Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn beide Voraussetzungen vorhanden sind. Die zweite, nämlich die Eintragung, kann überhaupt nicht fehlen; solange die Firma nicht eingetragen ist, bleibt der Unternehmer Nichtkaufmann. Hat aber die Eintragung stattgefunden, aber zu Unrecht, (s. oben unter 3 a a. E.) so ist der Unternehmer zwar nicht Kaufmann, auch nicht Minderkaufmann (s. unten 5. Kap.), wohl aber Scheinkaufmann (s. § 4 der Novelle und unten 6. Kap.).

c) Die Dauer der Kaufmannseigenschaft nach Art. 4 Abs. III ist bedingt durch das Vorliegen der sie begründenden Voraussetzungen. Hört der Gewerbebetrieb auf, nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen zu erfordern, so endigt damit auch die Kaufmannseigenschaft. Der Inhaber gilt jedoch während der Dauer der Eintragung noch als Kaufmann und zwar im Rahmen der Art. 10 a (s. § 4 der Novelle).

Wird die Firma, gleichviel, ob mit oder gegen den Willen des Inhabers gelöscht, während dieser das Unternehmen noch in kaufmännischer Weise gemäss Art. 4 Abs. III betreibt, so endigt gleichwohl die Kaufmannseigenschaft (Cosack § 9 V). Freilich kann eine solche Löschung nur zu Unrecht erfolgt sein, jedoch muss aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Folgerung abgeleitet werden, dass mit dem Wegfall der Voraussetzungen auch die Wirkung wegfällt (RGZ 65, 16). Der Unternehmer ist auch hier verpflichtet bezw. berechtigt, seine Firma wieder eintragen zu lassen.

4. (s. zum Folgenden Ehrenberg II S. 48 ff.)

Durch Art. 4 Abs. III wurde den Rechtsbegriffen „Handelsgewerbe" und „Kaufmann" ein Anwendungsgebiet mit beinahe unübersehbaren Grenzen erschlossen, weshalb sich eine erschöpfende Aufzählung der hierunter fallenden Geschäftsarten nicht geben lässt. Auch treten innerhalb der einzelnen Betriebsgattungen die nach Art. 4 Abs. III wesentlichen Merkmale in qualitativ und quanitativ so wechselnder Gestalt auf, dass sich auch kaum eine bestimmte Betriebsart als schlechthin unter Art. 4 Abs. III fallend erklären lässt. Unter Zugrundelegung des Häufigkeitsmasstabes kommen vorwiegend folgende Gruppen von Betrieben für eine Beurteilung vom Gesichtspunkt des Art. 4 Abs. III in Betracht:

a) Unternehmen der Grossindustrie, soweit sie sich mit Urproduktion befassen, gleichviel ob sie die gewonnenen Rohstoffe unverändert oder nach einer Umgestaltung veräussern (Betriebe von Steinbrüchen, Bergwerken, Salinen, Ausbeutung von Torfmooren, Mineralquellen, Bernsteinlagern, Ziegeleien, Porzellan- und Tonwarenfabriken usw.).

b) Anstalten zur Bewirkung von Leistungen, z. B. Bauunternehmungen, die Betriebe der Baumeister, Makler, Grundstückhändler, Auskunftsbüros, Detektivinstitute, chemische Untersuchungsanstalten

(soweit nicht vorwiegend wissenschaftlichen Zwecken dienend), Wach- und Schliessinstitute, Eilbotengeschäfte, Eisenbahnbau, Hoch- und Tiefbau, Logiergewerbe (Hotelbetriebe, Gasthäuser, Pensionen), Sanatorien, Kurhäuser (soweit nicht der medizinisch-wissenschaftliche Charakter vorherrscht, also gar kein Gewerbe vorliegt, oder der Absatz von Speise und Trank vorwiegt, das Gewerbe also unter Art. 271 Ziff. 1 mit Art. 4 Abs. I und II a. d. HGB fällt), Theater-, Konzert- und Lichtspielunternehmungen, Konzert- und Theateragenturen, (soweit ihnen nicht eine rein künstlerische Tendenz zugrunde liegt), grössere Anstalten zur Vermietung beweglicher Sachen, z. B. von Büchern, Kostümen, Fahrzeugen usw.

IV. Kapitel.

Kaufleute als Unternehmer eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes.

1. Nach der in Art. 4 Abs. III vollzogenen Erweiterung des Kaufmannsbegriffs würden zahlreiche land- oder forstwirtschaftliche Unternehmungen, weil sie nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordern, den Unternehmer zur Eintragung einer Firma und dadurch zur Erwerbung der Kaufmannseigenschaft verpflichten. Dasselbe Schicksal würden viele land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe und deren Unternehmer teilen, nicht nur, wie bisher, die unter Art. 271 Ziffer 1 a. d. HGB fallenden, sondern die viel zahlreicheren anderen, welche einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern und daher von der Vorschrift des Art. 4 Abs. III ergriffen werden würden.

Diesen Konsequenzen hat der durch § 2 der Novelle eingefügte Art. 4 a in beinahe wörtlicher Anlehnung an § 3 des deutschen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 einen Riegel vorgeschoben. Er unterscheidet zwischen den rein land- und forstwirtschaftlichen Unternehmungen und denjenigen, mit welchen ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe verbunden ist und bestimmt, dass die ersteren niemals Handelsgewerbe sind, die letzteren es zwar nicht zu sein brauchen, aber es kraft Willenserklärung des Unternehmers werden können. Die Unternehmer der rein land- und forstwirtschaftlichen Betriebe sind also als Unternehmer von Nichthandelsgewerben auch nicht Kaufleute,

während die Unternehmer von land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerben es in ihrer Hand haben, sich dadurch die Kaufmannseigenschaft zuzulegen, dass sie von der Befugnis, ihre Firma gemäss Art. 4 Abs. III in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch machen.

2. Die Schwierigkeit in der Anwendung des neuen Art. 4 a liegt vorwiegend in der näheren Abgrenzung des Begriffs des land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbes gegenüber dem rein land- und forstwirtschaftlichen Betrieb einerseits und dem selbstständigen industriellen Betrieb (s. oben 3. Kap. 4 a) andererseits. Der Herausschälung der Mittelstellung, die das land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe sonach einnimmt, sowie der Anwendung des Art. 4 a überhaupt, kann (ähnlich wie bei Art. 4 Abs. III) die Rechtssprechung und Literatur zu § 3 des deutschen Handelsgesetzbuches zugrunde gelegt werden.

a) (s. hiezu Staub I S. 64) Unter Landwirtschaft versteht man den Zweig wirtschaftlicher Betätigung, der die Erzeugung und Verwertung pflanzlicher oder tierischer (organischer) Stoffe durch Bebauung des Bodens (Landbau) und durch Pflege landwirtschaftlicher Nutztiere (Viehzucht) zum Gegenstand hat. Zur Landwirtschaft gehört also nicht die Ausbeutung anorganischer Stoffe. Gleichgültig ist, ob der Unternehmer eigenen oder fremden Boden ausnutzt (z. B. als Pächter). Auch auf die Art der Verwertung kommt es nicht an.

Die Verwertung ist häufig verbunden mit einer Umgestaltung. Diese kann in dem landwirtschaftlichen Betrieb selbst erfolgen und zwar auf rein mechanischem Wege (z. B. Dreschen des Getreides) oder auf organischem Wege (z. B. durch Verfüttern an die zu verwertenden Tiere), sie kann aber auch durch besondere gewerbliche Einrichtungen ausserhalb des eigentlichen landwirtschaftlichen Betriebs (z. B Molkerei, Brennerei, Brutanstalt), erfolgen, dann liegt häufig ein landwirtschaftliches Nebengewerbe vor.

b) Die Forstwirtschaft hat die Erzeugung und Verwertung von organischen Produkten des Waldes zum Gegenstand, die sich in der Regel durch planmässige Auf- und Abforstung vollzieht.

c) Zum Landbau gehören Acker-, Wein-, Obst-, Gemüse- und Tabakbau. Bestritten ist die Frage, ob auch Gärtnereien als landwirtschaftliche Betriebe anzusehen sind. Nach der oben zu a gegebenen Begriffsbestimmung ist jedoch die Gärtnerei im Zweifel zur Landwirtschaft zu rechnen (Staub I S. 64, a. M. Ehrenberg II S. 55). „Der Gartenbau ist ein Gewerbe, das die Erzeugung von Bodenprodukten, also eine Urproduktion zum Gegenstand hat; als solcher gehört er zur Landwirtschaft, und zwar stellt er eine besonders intensive Form derselben dar. Nach § 3 HGB" (der inhaltlich dem Art. 4 a a. d. HGB entspricht) „ist daher der Handelsgärtner, der nur eigene Erzeugnisse verkauft, nicht Kaufmann. Eigene Produkte des Handelsgärtners sind auch die von ihm anderweitig gekauften Pflanzen, wenn er sie in seinem eigenen Boden eingepflanzt und kultiviert hat" (OLG Kiel v. 24. 1. 10, Sob. S. 132).

3. a) Eine allgemein befriedigende Begriffsbestimmung dessen, was unter land- oder forstwirtschaftlichem Nebengewerbe zu verstehen sei, ist bei der Mannigfaltigkeit der hiebei massgebenden Umstände wohl nicht zu geben, aber es lassen sich hiefür gewisse, allgemein gültige Richtlinien aufstellen.

Ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe ist ein Gewerbe, das sich als Ausfluss des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt und mit ihm so verbunden ist, dass es in ihm seine Hauptstütze findet, wobei aber das landwirtschaftliche Unternehmen das Hauptunternehmen bleibt. Zu den Nebengewerben in diesem Sinne gehören solche Gewerbe, bei denen die im Hauptbetrieb gewonnenen Erzeugnisse oder Abfälle einer weiteren Bearbeitung oder Verarbeitung unterzogen werden. Namentlich liegt auch dann ein Nebengewerbe vor, wenn das Unternehmen die Auswertung anorganischer Bodenbestandteile zum Gegenstande hat (KG. v. 3. VI. 1901 in KGI 22 S. 82) vorausgesetzt allerdings,

dass die anorganischen Stoffe dem im allgemeinen der Landwirtschaft dienenden Grund und Boden entnommen werden. „Ein mit dem Betriebe der Landwirtschaft verbundenes Unternehmen zur Gewinnung und Verwertung der natürlichen Bodenschätze kann nur dann ein Nebengewerbe des Landwirtschaftlichen Betriebes darstellen, wenn die anorganischen Bodenbestandteile in der Hauptsache aus Grundstücken herrühren, die dem Unternehmer vornehmlich zu landwirtschaftlichen Zwecken der Erzeugung pflanzlicher oder tierischer Rohstoffe dienen, nicht dagegen, wenn überwiegend Material verarbeitet wird, das der Unternehmer gekauft, oder durch Pachtung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke erworben hat." (KG vom 22. II. 04 in KGJ 27 S. 205).

Notwendig ist also ein innerer organischer Zusammenhang des Nebengewerbes mit dem konkreten landwirtschaftlichen Hauptbetrieb, der dieses bis zu einem gewissen Grade von jenem abhängig erscheinen lässt, ohne ihm jedoch jede wirtschaftliche Selbständigkeit zu rauben. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist es belanglos, ob das Nebengewerbe im Verhältnis zum eigentlichen landwirtschaftlichen Betrieb einen erheblichen Umfang, eine beträchtliche Grösse, ja vielleicht einen höheren Umsatz hat (KG vom 3. VI. 01 in KGJ 22 S. 82), oder ob in dem Nebengewerbe ausser den eigenen Erzeugnissen und Arbeitskräften auch anderwärts bezogene Stoffe verarbeitet und fremde Hilfskräfte herangezogen werden (OLG München vom 9. V. 03 in OLG 7 S. 180).

Als Hauptbeispiele land- und forstwirtschaftlicher Nebengewerbe kommen in Betracht: Molkereien, Brauereien, Branntweinbrennereien, Obst-, Wein- und Essigfabriken, Kunstgärtnereien, Anstalten zur Torfgewinnung, Holzkohlengewinnung, Harz- und Pechgewinnung, Mühlenbetriebe, Ziegeleien, Anstalten zur Sand-, Kalk- und Kiesgewinnung.

b) Das Unternehmen muss einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (s. hiezu 3.

Kap. 2 A). Es muss also ein Handelsgewerbe kraft Art und Umfang des Gewerbebetriebs nach Art. 4 Abs. III vorliegen. Liegt ein Handelsgewerbe kraft Gegenstands des Gewerbebetriebs (Art. 4 Abs. II) vor, so muss es, wenn Art. 4 a Abs. II anwendbar sein soll, ebenfalls nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern. Andernfalls wäre der Land- oder Forstwirt trotz des des Betriebs eines unter Art. 4 Abs. II fallenden Nebengewerbes nicht Kaufmann und nicht berechtigt, sich durch Eintragung einer Firma zum Kaufmann zu machen. Im Gesetz ist dies dadurch ersichtlich gemacht, dass es in Art. 4 a Abs. II heisst, der Landwirt habe in solchem Falle das Recht, seine Firma „gemäss Art. 4 Abs. III" in das Handelsregister eintragen zu lassen (IW 02 S. 138).

c) Art. 4 Abs. III findet beim Vorliegen der obigen Voraussetzungen nur dann Anwendung, d. h. der Unternehmer eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes wird nur dann Kaufmann durch Eintragung, wenn er selbst und von sich aus diese Eintragung beantragt, wozu er zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.

4. a) Hat der Unternehmer von der Befugnis, seine Firma im Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht, so wird er durch die vollzogene Eintragung zum Kaufmann kraft Art und Umfang des Gewerbebetriebs, also zum Vollkaufmann. Die Kaufmannseigenschaft ist aber nur soweit vorhanden, als der Unternehmer Inhaber des Nebengewerbes ist; ihre Grenze fällt mit der Grenze der geschäftlichen Sphäre des Nebengewerbes zusammen. Die Kaufmannseigenschaft fehlt, wo der Unternehmer sich ausserhalb dieser Sphäre, z. B. als Unternehmer des rein landwirtschaftlichen Hauptbetriebes betätigt. Die tatsächliche Abgrenzung des kaufmännischen von dem nichtkaufmännischen Betätigungsgebiet ist hier mit Schwierigkeiten verbunden, da eine und dieselbe Tätigkeit des Unternehmers oft beiden Gewerben angehört (s. Ehrenberg II S. 61). Rechtlich jedoch wird man sich auf den Standpunkt stellen müssen, dass ein solches Geschäft als ausschliesslich der kaufmännischen Sphäre angehörig zu betrachten und deshalb nach Handelsrecht zu beurteilen ist.

b) Die Erlangung der Kaufmannseigenschaft steht zwar im Belieben des Unternehmers eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes, die Möglichkeit jedoch, sich dieser einmal erlangten Eigenschaft wieder zu entäussern, ist seiner Disposition entzogen. Das ergibt sich daraus, dass der Kaufmann nach Art. 4 a Abs. II, einmal eingetragen, zum Antrag auf Löschung seiner Firma nicht ohne weiteres, sondern nur unter den allgemeinen für die Löschung kaufmännischer Firmen geltenden Voraussetzungen berechtigt ist, also insbesondere dann, wenn er sein Nebengewerbe aufgibt oder wenn dieses aufhört, den Erfordernissen zu entsprechen, die den Antrag auf Eintragung gerechtfertigt haben, namentlich wenn es nur in so geringem Umfange betrieben wird, dass es als Kleingewerbe zu betrachten ist.

Wird die Firma zu Unrecht gelöscht, d. h., obwohl das Nebengewerbe noch so beschaffen ist, daß der Antrag auf Eintragung begründet ist, so hört der Unternehmer gleichwohl auf Kaufmann zu sein, weil eine wesentliche Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft, nämlich die Eintragung, nicht mehr vorliegt.

Veräußert der Inhaber des Nebengewerbes, einerlei, ob die Eintragung der Firma erfolgt ist oder nicht, dieses allein, ohne den Hauptbetrieb, so hört es auf, ein landwirtschaftliches Nebengewerbe zu sein; denn dieses setzt begrifflich die Gleichheit des Betriebsunternehmers voraus. Die Kaufmannseigenschaft des Rechtsnachfolgers beurteilt sich nach den Art. 4, 271, 272 a. d. HGB.

V. Kapitel

Minderkaufleute.

1. (s. hiezu Dr. Oskar Pisko „Die Novelle zum Handelsgesetzbuche" Wien 1928 S. 12 ff.). Bis zum Inkrafttreten der Handelsgesetznovelle war für die Beurteilung der Voll- bezw. Minderkaufmannseigenschaft nach § 7 EG a. d. HGB, der für Österreich an die Stelle des alten Art. 10 a. d. HGB getreten ist, grundsätzlich die Höhe der Erwerbssteuer maßgebend. An die Stelle dieses Kriteriums wird nun durch die in § 3 der Novelle erfolgte Neufassung des Art. 10 a. d. HGB Art und Umfang des Unternehmens als maßgebend für die Unterscheidung zwischen Voll- und Minderkaufmannseigenschaft bezeichnet. Die Gründe für diese Rechtsänderung waren folgende: 1) Die Mindeststeuerleistung des § 7 a. a. O. wird auch von solchen Gewerbetreibenden erreicht, deren Betrieb keine kaufmännischen Vorkenntnisse und Fähigkeiten erfordert, für die daher die an die Vollkaufmannseigenschaft gebundene Buchführungspflicht eine unbillige Härte bedeutet. Dies trifft insbesondere sehr häufig für Gastwirte zu, die auch wiederholt Beschwerden über das geltende System erhoben haben. Diese Beschwerden, die überhaupt den äußeren Anlaß für die ganze Reform geboten haben (s. Antrag der Abgeordneten im Nationalrat Heinl, Buchinger, Partik, Bauer Franz und Genossen Beil. Nr. 116/A III. Gesetzgebungsperiode, S. 361), betonen allerdings immer nur die Pflicht zur Registrierung, obwohl doch nicht diese, sondern die Höhe der Erwerbssteuer die Vollkaufmannseigenschaft, daher auch die Buchführungspflicht begründet hat. 2) Die Höhe der Erwerbssteuer war bis zum Jahre 1924 von äusseren Merkmalen des Betriebes abhängig. Nach § 9 des neuen Personalsteuergesetzes ist die Erwerbssteuer nicht mehr eine Merkmalsteuer, sondern eine reine Ertragssteuer, deren Höhe erst nach Ablauf der Steuerperiode festgestellt werden kann. Angesichts dieser Änderung des

Steuerrechts ist die Durchführung des Grundsatzes, dass für die Vollkaufmannseigenschaft die Höhe der Erwerbssteuer maßgebend ist, bei Entscheidung über die Registrierung neugegründeter Unternehmungen, insbesondere über die Registrierung von Handelsgesellschaften vor Beginn ihres Betriebes, mit Schwierigkeiten verbunden.

2. a) Als Minderkaufleute gelten gemäß Art. 10 Abs. I neuer Fassung Personen, „deren Geschäftsbetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht". Die unter Anführungszeichen mitgeteilten Worte sind dem § 4 Abs. I des deutschen Handelsgesetzbuches entnommen. Was unter „Kleingewerbe" zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht; auch in der Entstehungsgeschichte zu § 4 zum deutschen HGB findet sich keine Begriffsbestimmung. Sie dürfte auch wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse nach Orten und Geschäftszweigen auf erhebliche Schwierigkeiten stossen. Solange daher der Begriff nicht gemäß Art. 10 Abs. IV a. d. HGB (s. § 4 Abs. III deutsches HGB) durch Verordnung nach Maßgabe einer bestimmten Steuerleistung oder nach anderen Merkmalen näher festgesetzt ist (was bisher im deutschen Reiche nicht geschehen ist und auch in Österreich vorläufig nicht in Aussicht genommen ist), wird die Frage mangels der Möglichkeit einer zuverlässigen allgemein gültigen Umgrenzung des Begriffs „Kleingewerbe" sich regelmäßig nur nach den konkreten Verhältnissen beantworten lassen.

Vorauszuschicken ist hier, daß die Gewerbetreibenden, deren Betrieb unter Art. 4 Abs. III fällt, für die Anwendung des Art. 10 deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie erst durch die Eintragung einer kaufmännischen Firma zu Kaufleuten werden, während den Minderkaufleuten des Art. 10 trotz ihrer Kaufmannseigenschaft das Firmenrecht verschlossen bleibt. Die Frage nach der Voll- bezw. Minderkaufmannseigenschaft kann also nur bezüglich der Handelsagenten und derjenigen Personen auftauchen, die schon infolge gewerbsmässigen Betriebes von Handelsgeschäften, also auf Grund des neuen Art. 4 Abs II Kaufleute sind. Allerdings wird in den Fällen des Art. 272 Ziffer 1 (Bearbeitung und Verarbeitung beweglicher Sachen). Ziffer 3 (Personenbeförderung) und Ziffer 5 (Geschäfte der Druckereien) die Feststellung des die

Handelgeschäftseigenschaft und damit die Kaufmannseigenschaft bedingenden Momentes des nicht blos handwerksmässigen Betriebs durch eine „Anstalt" regelmässig, wenn auch nicht mit logischer Notwendigkeit die Feststellung eines nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erheischenden Betriebes, also eines Vollkaufmannsgewerbes, in sich schließen.

Von der deutschen Rechtssprechung und Literatur wird zur Begriffsbestimmung des „Kleingewerbes" überwiegend der dem Art. 4 Abs. III a. d. HGB entsprechende § 2 des deutschen HGB herangezogen und daraus abgeleitet, daß ein Kleingewerbe ein solches gewerbliches Unternehmen sei, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb nicht erfordere. Diese Auffassung wurde sowohl von der Denkschrift zum Entwurfe eines deutschen Handelsgesetzbuchs, als auch von den Verfassern des Novellenentwurfs geteilt, dessen Begründung ausführt: „Einen guten Anhaltspunkt" nämlich für die Ermittlung des Begriffs Kleingewerbe „wird die Vorschrift des neuen Absatzes III des Art. 4 bilden, welche gerade den dem Kleingewerbe entgegengesetzten Tatbestand umschreibt". (Beilage Nr. 116/A, III. Gesetzgebungsperiode S. 363). Im Gesetz kommt diese Meinung freilich nicht klar zum Ausdruck; denn im Gegensatz zu Art. 4 Abs III, wo von Art und Umfang gesprochen wird, ist der Wortlaut des neuen Art. 10 Abs. I lediglich auf den Umfang abgestellt. Diese Ungenauigkeit in der Fassung dürfte ihre Grundlage in der nahezu völligen Anlehnung der genannten Bestimmungen an das deutsche Handelsgesetzbuch (s. § § 2 und 4 Abs. I) haben. Sie war im österreichischen wie im deutschen Recht die Ursache mancher Auslegungszweifel (s. z. B. Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905, S. 28; dagegen Ehrenberg II § 9). Auch das Kammergericht hat in früheren Entscheidungen (s. RIA 2 S. 133) den Standpunkt vertreten, daß es für die Frage der Eintragungspflicht nur auf die Größe, nicht auf die Art des Gewerbebetriebes ankomme, hat diesen Standpunkt jedoch später verlassen (s. Entscheidung des KG vom 14. VII. 1916 in KGI 49 S. 94) zu Gunsten der bereits angedeuteten Auffassung, daß „Umfang" innerhalb des Zusammenhangs des § 4 deutsches HGB (Art. 10 a. d. HGB) nicht „Größe", sondern „Grenze" bedeutet, somit die „Art" des

Unternehmens mitumfasst. Diese Auffassung wird auch heute in der deutschen Rechtssprechung und Literatur fast einhellig vertreten (Mosse-Heymann HGB 17. Aufl Berlin 1926, Anm. 3 zu § 4 und die dort angeführten Entscheidungen, ferner Sob. S. 143 ff. und die dort angeführten Entscheidungen). Die Auslegungszweifel hinsichtlich des § 4 Abs. I HGB können also als beseitigt angesehen werden, sodaß auch für den neuen Artikel 10 Abs. I a. d. HGB der Anschauung beigetreten werden kann, daß unter Kleingewerbe ein Gewerbebetrieb zu verstehen ist, der nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert und zwar ohne Unterschied, ob es sich um einen Handwerker oder einen sonstigen Kleingewerbetreibenden handelt, da die in § 4 Abs. I HGB für Handwerker gemachte Ausnahme durch die Novelle nicht übernommen wurde. Die sozialdemokratischen Vertreter im Justizausschuß haben bei der Beratung der Novelle diese Ausnahmebestimmung für Handwerker verhindert, indem sie mit Erfolg auf die Bewegung im deutschen Reich hinwiesen, welche den Großhandwerkern die wirtschaftlichen und rechtlichen Vorteile der Vollkaufmannseigenschaft wieder einräumen will. Handwerker können also auch nach der Novelle bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen Vollkaufleute sein, wenn ihr Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Damit ist einem Gedanken Rechnung getragen, der in der deutschen Rechtssprechung bereits vielfach Ausdruck gefunden hat.

b) Für die Grenzbestimmung zwischen Groß- und Kleingewerbe im Einzelfall, d. h. für die Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, sind regelmäßig die konkreten Verhältnisse maßgebend. Als wesentlicher Anhaltspunkt für die Scheidung zwischen Groß- und Kleingewerbe kommt vor allem in Frage: die Höhe des Anlage- und Betriebskapitals, der Umsatz, der Ertrag, der Betrag der Gewerbesteuer, die Größe und Beschaffenheit der dem Betrieb dienenden Räumlichkeiten, die Beschäftigung von Angestellten, die Art des Wareneinkaufs und der beanspruchte und gewährte Kredit, der Wechsel- und Bankverkehr, der Umfang des Kreises der Lieferanten und Kunden, die Art der Buchführung (OLG Dresden vom 23. X. 20, 3 HF 9/20). Maßgebend ist jedoch nicht,

ob die genannten Voraussetzungen in ihrer Gesamtheit vorliegen, sondern ob der Betrieb seiner inneren Natur und seinem ganzen Charakter nach zu einer kaufmännischen Organisation hindrängt.

Darnach kommen als Kleingewerbetreibende im Sinne des Art. 10 Abs. I in Betracht (Sob. S. 155 ff): Apotheker, Bäckermeister, Brauereibesitzer, Fleischermeister, Gast- und Schankwirte, Holz- und Kohlenhändler, Kolonialwarenhändler, Pferdehändler, Schuhmacher-, Tischler-, Schlosser-, Maurermeister, Uhrmacher, Photographen und andere.

3. Der Unterscheidung zwischen Voll- und Minderkaufleuten kommt die gleiche rechtliche Bedeutung zu, wie nach altem österreichischem Recht. Nach deutschem Handelsrechte reicht die Bedeutung des Unterschiedes weiter. Denn nach § 351 der deutschen HGB finden einzelne für Handelsgeschäfte geltende Vorschriften, die dem österreichischen Handelsgesetzbuch zum Teil überhaupt fremd sind, zum Teil dort eine andere Gestalt aufweisen, keine Anwendung, wenn das Geschäft von einem Minderkaufmann geschlossen wurde. Der Justizausschuss hat eine Ergänzung des österreichischen Handelsgesetzbuchs in dieser Richtung für überflüssig erachtet.

a) Die Vorschriften „über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura" finden auf Minderkaufleute keine Anwendung (Art. 10 Abs. I neue Fassung). Eine Ausnahme gilt lediglich für Bankgewerbetreibende gemäss § 8 der Novelle, wonach auf diese die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Geschäftsbetriebs Anwendung finden. Die in § 8 a. a. O. angezogene Bestimmungen des Bankhaftungsgesetzes vom 29. Juli 1924 BGBl. Nr. 284 bindet den „gewerbsmässigen Betrieb von Bankgeschäften durch einzelne Personen, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften" an eine bundesbehördliche Konzession. Daraus ergibt sich, daß nur gewerbsmässiger Betrieb von Bankgeschäften durch einzelne Unternehmer, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, nicht auch durch Genossenschaften und Aktiengesellschaften ohne Rücksicht auf das

Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen die Vollkaufmannseigenschaft begründet.

b) Ein Handelsgewerbe, dessen Betrieb nicht geeignet ist, die Vollkaufmannseigenschaft zu begründen, also ein Minderhandelsgewerbe, kann nicht Gegenstand des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft (einfachen Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien) und Aktiengesellschaft sein (Art. 10 a. d. HGB neue Fassung). Jedoch ist die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft einem Kleingewerbebetrieb dann zugänglich, wenn das Gewerbe ein Bankgewerbe darstellt (§ 8 der Novelle).

VI. Kapitel

Scheinkaufleute.

1. Wie bereits unter Kap. 3, a und b ausgeführt, ist die Eintragung der Firma eines Kaufmanns kraft Umfangs des Gewerbebetriebs (Art. 4 Abs. III) nicht imstande, Mängel der materiellen Voraussetzungen der Eintragung zu heilen, macht also den eingetragenen Nichtkaufmann nicht zum Kaufmann, den eingetragenen Minderkaufmann nicht zum Vollkaufmann. Ebensowenig vermag die Eintragung der Firma den nachträglich eintretenden Tatsachen, die das Erlöschen der Kaufmanns- oder Vollkaufmannseigenschaft nach sich ziehen, diese Wirkung zu nehmen. Die Firma, die schon zu Unrecht eingetragen wurde oder zu Unrecht noch eingetragen erscheint, ist also zu löschen; die Anmeldung der Löschung kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden.

Dieser Grundsatz wurde durch die Handelsgesetznovelle nicht geändert. Er war jedoch schon nach geltendem Recht in verschiedener Richtung durchbrochen.

a) Das Erlöschen einer noch nicht eingetragener Firma, also auch die das Erlöschen bewirkenden Tatsachen, kann der eingetragene Inhaber nur dem gegenüber geltend machen, dem das Erlöschen bekannt war. (Art. 25 a. d HGB, vergl. § 15 deutsches HGB).

b) Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, muß es sich gefallen lassen, auch als Kaufmann behandelt zu werden. Der Rechtsgrund dieses allgemein, wenn auch in verschiedenem Umfange anerkannten Rechtssatzes ist, daß jeder sich gefallen lassen muß, daß seine Erklärung die Auffassung und Bedeutung erhält, die ihr nach Treu

und Glauben im Rechtsverkehr zukommt (RGZ 50 S. 429, Staub I Anhang zu § 5 S. 84 ff. und das bei § 5 mitgeteilte Schrifttum, insbesondere Ehrenberg II S. 132 ff., Düringer-Hachenburg § 1 Anmerkung 9). Er gilt also vor allem zum Schutze des Vertragsgegners und zwar auch dann, wenn dieser gewußt hat, daß der Erklärende Nichtkaufmann war, aber als Kaufmann gelten wollte. Soweit also der Erklärung des Vertragsgegners mit Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte infolge des Auftretens des anderen Vertragsteils als Scheinkaufmann ein bestimmter Rechtsinhalt zukommt, erfordert die Sicherheit des Verkehrs, daß auch die Erklärung des Scheinkaufmanns gleich der eines Kaufmanns zu beurteilen ist (RGZ 89 S. 163).

c) Die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft beginnt Dritten gegenüber gemäß Art. 110, 163 a. d. HGB mit der Eintragung, auch wenn zur Zeit der Eintragung der Betrieb des Handelsgewerbes noch nicht begonnen hat, also die Tatbestandsmerkmale der Art. 85 und 150 noch gar nicht vorliegen.

2. Die Novelle läßt die dargelegten Rechtssätze unberührt, erweitert aber durch eine allgemeine Vorschrift den Kreis der Fälle, in denen die Eintragung einer Firma im Handelsregister zur Folge hat, daß der eingetragene Inhaber für den Rechtsverkehr als Kaufmann gilt, obwohl er es in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr ist. Art. 10 a (s. § 4 der Novelle) bestimmt in wörtlicher Anlehnung an § 5 deutsches HGB: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im Art. 10 Abs. I bezeichneten Betrieben gehöre".

a) Zur Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 10 a gehört also zunächst das Eingetragensein einer Firma. Hiebei ist es unerheblich, ob die Eintragung aus Versehen oder auf Grund einer Anmeldung des Eingetragenen bewirkt wurde, ob diese Anmeldung eine freiwillige oder durch Ordnungsstrafen erzwungene war.

Die Rechtsfolgen des Art. 10 a sind ferner daran geknüpft, daß unter der eingetragenen Firma ein Gewerbe betrieben wird. Dieses kann entweder ein Voll- oder ein Minderhandelsgewerbe sein. Betreibt aber der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe, so ist die Anwendbarkeit des Art. 10 a ausgeschlossen und der Eingetragene gilt jedenfalls nach Art. 10 a nicht als Kaufmann (s. oben 1 b). Liegt zwar scheinbar ein Gewerbe vor, ist jedoch sein Betrieb kein rechtsgültiger, z. B. wegen Minderjährigkeit des Unternehmers, so fehlt ein dem Rechtsbegriff des Gewerbebetriebs wesentliches Merkmal (s. I. Kap. 3 c) und es ist ein Gewerbebetrieb im Rechtssinne nicht gegeben, weshalb auch in diesem Falle Art. 10 a nicht anwendbar ist, der minderjährige Unternehmer also nicht als Kaufmann gelten kann (a. M. Ehrenberg II S. 137).

Die Anwendung des Art. 10 a muß ferner da ausscheiden, wo ein Gewerbe, mag auch äußerlich der Schein eines solchen gegeben sein, deshalb nicht vorliegt, weil dem Unternehmer die Gewinnabsicht fehlt; denn auch die Gewinnabsicht ist ein für den Rechtsbegriff des Gewerbes so wesentliches Merkmal (s. I. Kap. 3 b), daß ohne Gewinnabsicht ein Gewerbe im Rechtssinne, und nur ein solches kann Art. 10 a im Auge haben, nicht vorliegt.

c) Die Eintragung der Firma eines Unternehmers, dessen Gewerbe kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe ist, begründet die unwiderlegbare Vermutung, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, und zwar das eines Vollkaufmanns ist. Das bedeutet, daß jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt, und ferner, daß jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung als solcher gilt.

Diese Wirkungen treten aber nur dann und nur dem gegenüber ein, der sich auf die Eintragung beruft. Die Person dessen, der sich auf die Eintragung stützt, ist gleichgültig, sodaß die Berufung auf die Eintragung sowohl dem Eingetragenen selbst, als

auch jedem anderen zusteht. Unerheblich ist es ferner, ob die Berufung auf den Registereintrag in gutem Glauben erfolgt: die Kenntnis der Unrichtigkeit des Eintrags steht der Berufung auf diesen nicht entgegen. Das Gesetz will eben durch die Berufung auf den bestehenden Eintrag schlechthin jede Geltendmachung des Mangels der Kaufmannseigenschaft oder der Vollkaufmannseigenschaft ausschließen und hat deshalb die Richtigkeit des Handelsregisters mit der Garantie einer unwiderlegbaren Rechtsvermutung ausgestattet.

Durch die Berufung auf die zu Unrecht vollzogene oder zu Unrecht noch fortbestehende Eintragung wird also der Einwand abgeschnitten, daß das Gewerbe des Eingetragenen kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe darstelle. Für die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ergibt sich aus Art 10 a, daß die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft aus dem Grunde, daß die Gesellschaft kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreibt, weder von der Gesellschaft noch von einem Dritten bestritten werden kann. Nicht abgeschnitten ist jedoch durch Art. 10 a der Einwand, daß der Eingetragene überhaupt kein Unternehmen betreibt, oder daß das Unternehmen des Eingetragenen mangels Gewinnabsicht kein Gewerbe darstellt. Ferner können Einwendungen, die sich gegen die Zulässigkeit der Eintragung aus anderen Gründen richten, z. B. wegen Fehlens der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, unbeschränkt geltend gemacht werden.

Die sich aus Art. 10 a ergebenden Rechtsfolgen sind zwingender Natur; sie sind deshalb der privaten Willkür entrückt und können durch Vereinbarung weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden.

d) Das Anwendungsgebiet des Art. 10 a ist insoweit ein beschränktes, als es sich nur auf die privatrechtlichen Beziehungen des Firmeninhabers erstreckt (Ehrenberg II. S. 140). Soweit also öffentlichrechtliche Vorschriften Rechtsfolgen, z. B. Pflichten und Rechte, an die Kaufmanns- bezw. Vollkaufmannseigenschaft knüpfen, scheidet Art. 10 a aus. Ihnen gegenüber sind also insbesondere die oben unter e dargelegten Einwendungen nicht abgeschnitten und die un-

widerlegbare Vermutung des Art. 10 a bindet zwar die sich im privaten Rechtsverkehr als Kaufleute Gegenüberstehenden, nicht aber z. B. das Registergericht oder den Strafrichter (RGZ 93 S. 240, DJZ 06 S. 263). Dies ist von besonderer Wichtigkeit für die Buchführungspflicht und ihre strafrechtliche Sanktion. Bemerkenswert ist, was die Denkschrift zum deutschen Handelsgesetzbuch in dieser Richtung ausführt: „Für das Gebiet des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafrechtes darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden, zumal die Eintragung auch gegen den Willen des Betroffenen vom Registerrichter herbeigeführt werden kann."

VII. Kapitel

Uebergangsrecht.

1. Durch die in der Novelle vollzogene teilweise Umgestaltung des Kaufmannsbegriffs gehen gewisse Personenkreise, die nach bisherigem Recht als Kaufleute zu betrachten waren, ihrer Kaufmannseigenschaft verlustig, auch wenn sie im Handelsregister eingetragen sein sollten, nämlich die Inhaber solcher landwirtschaftlicher Betriebe, die auch Handelsgeschäfte zum Gegenstand haben (vergl. Art. 4 a Abs. 1 a. d. HGB neue Fassung).

Der Verlust der Kaufmannseigenschaft tritt hier ein mit Inkrafttreten der Novelle, d. i. mit 1. April 1928 (§ 10 Abs. I der Novelle). Mit diesem Zeitpunkt hören also jene Unternehmer auf Kaufleute zu sein. Das gleiche gilt von solchen, nicht im Handelsregister eingetragenen Inhabern land- und forstwirtschaftlicher Nebengewerbe, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb (s. oben Kap. III & IV) nicht erfordert. Für den Fall aber, daß ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nötig macht, kann dessen Inhaber die etwa verlorene Kaufmannseigenschaft durch Registereintragung gemäß Art. 4 a Abs. II a. d. HGB wieder erlangen.

2. Wenn ein Handelsgewerbe im Sinne des neuen Art. 4 Abs. II oder ein Agenturgewerbe (§ 1 HAG) mit Rücksicht auf die Höhe der Erwerbssteuer gemäß § 7 EG a. d. HGB als Vollhandelsgewerbe gegolten hat, aber deshalb, weil es nach Art und Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert, ein Kleinhandelsgewerbe im Sinne des neuen Art. 10 Abs. I darstellt, ist zu unterscheiden:

a) War der Inhaber eines solchen Unternehmens entgegen der Vorschrift des § 7 EG und des Art. 19 a. d. HGB zur Zeit des Inkrafttretens der Novelle nicht im Handelsregister eingetragen, so verliert er mit Wirksamkeit der Novelle die Eigenschaft eines Vollkaufmanns, behält aber die eines Minderkaufmanns bei. Ebenso verliert eine gegen die Vorschriften der Art. 86 und 151 nicht eingetragene Vereinigung zum Betriebe eines solchen Gewerbes unter gemeinschaftlicher Firma mit Inkrafttreten der Novelle den Charakter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (§ § 7, 3 Abs. I und II der Novelle).

b) Wenn jedoch der Inhaber eines Handelsgewerbes, das gemäß § 7 EG als Vollhandelsgewerbe gegolten hat, aber nach dem neuen Art. 10 nunmehr als Kleingewerbe gilt, oder wenn eine Vereinigung zum Betriebe eines solchen Gewerbes zur Zeit des Inkrafttretens der Novelle im Handelsregister eingetragen war, so bleibt der Inhaber der Firma, obgleich er nur ein Kleingewerbe betreibt, (und zwar auch derjenige, der später das Geschäft samt Firma nach Art. 22 a. d. HGB erwirbt) den Vorschriften über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura unterworfen (§ 7 der Novelle). Zur Löschung der Firma ist der Inhaber gemäß § 7 Satz 1 berechtigt, aber nicht verpflichtet. Der eingetragene Einzelkaufmann kann also nach seinem Belieben die Vollkaufmannseigenschaft mit den an sie gebundenen Rechten und Pflichten weiterbehalten, oder sich durch Löschung der Firma die Rechtsstellung des Minderkaufmanns verschaffen.

3. Auf Unternehmer, die nach altem Rechte Nichtkaufleute oder nicht Vollkaufleute waren, finden die neuen Bestimmungen, die den Kaufmannsbegriff und den Vollkaufmannsbegriff gegenüber dem alten Recht erweitern, vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle an unbeschränkte Anwendung.

a) Personen, die schon nach altem Rechte Kaufleute waren, weil sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte, also ein Handelsgewerbe im Sinne des Art. 4 Abs. II betreiben, aber nach altem Rechte keine Vollkaufleute waren, weil ihre Erwerbssteuer nicht den in § 7 EG bestimmten Mindestbetrag erreichte, werden mit Wirksamkeit der

Novelle Vollkaufleute, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert oder ein Bankgewerbe darstellt (s. § 8 der Novelle).

b) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die ein gewerbliches Unternehmen betreiben, das nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, aber keine Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat, daher nach altem Recht die Kaufmannseigenschaft der Genossenschaft nicht begründet, werden mit Inkrafttreten der Novelle Kaufleute und Vollkaufleute.

c) Gewerbetreibende, die kein Handelsgewerbe im Sinne des Art. 4 Abs. II betreiben, die daher nach altem Rechte keine Kaufleute waren, deren Unternehmen aber nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert (Art. 4 Abs. III), werden mit Wirksamkeit der Novelle verpflichtet und, wenn es sich um ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe handelt, nur berechtigt, die Eintragung ihrer Firma im Handelsregister zu bewirken und sich dadurch zu Vollkaufleuten zu machen.

Anhang.

Bundesgesetz vom 16. Februar 1928, BGBl. 63, betreffend Änderung einiger Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Kaufleute (Handelsgesetznovelle).

Der Nationalrat hat beschlossen:

§ 1. Artikel 4 HGB. hat zu lauten:

„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des Absatzes 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuches, sofern die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen."

§ 2. Nach Artikel 4 HGB ist einzuschalten folgender Artikel 4 a:

„Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften des Artikels 4 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt, so findet auf diesen Artikel 4, Absatz 3, mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Handelsgeschäfte geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet

nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugnis, seine Firma gemäß Artikel 4 Absatz 3, in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Firma eingetragen worden, so kann sie nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Löschung kaufmännischer Firmen gelöscht werden."

§ 3. Artikel 10 HGB. hat zu lauten:

„Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Personen keine Anwendung, deren Geschäftsbetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft oder eine Aktiengesellschaft nicht begründet werden.

Die Rechte und Pflichten der juristischen Personen, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmannes vollen Rechtes beilegt, werden durch die Bestimmungen des Absatzes 1 nicht berührt.

Durch Verordnung kann die Grenze des Kleingewerbes allgemein oder für einzelne Gruppen von Gewerbetreibenden auf der Grundlage einer bestimmten Erwerbssteuerleistung oder anderer Merkmale näher festgesetzt werden."

§ 4. Nach Artikel 10 HGB. ist einzuschalten folgender Artikel 10 a:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im Artikel 10, Absatz 1 bezeichneten Betriebe gehöre."

§ 5. § 13 des Gesetzes vom 9. April 1873, RGBl. Nr. 70, über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, erhält folgende Fassung:

„Für Genossenschaften, deren Unternehmen den Betrieb eines Handelsgewerbes (Artikel 4, Absatz 2 und 3 HGB.) zum Gegenstande

hat, gelten, insoweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält, die in betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches."

§ 6. Die Vorschriften der § § 7 und 9 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 17. Dezember 1862, RGBl. Nr. 1 für 1863, und das Bundesgesetz vom 16. November 1921, BGBl. Nr. 637, betreffend die zur Eigenschaft eines Kaufmannes vollen Rechtes erforderliche Steuerleistung, werden aufgehoben.

Unberührt bleibt § 1 Abs. 2, Handelsagentengesetz.

§ 7. Die in § 3 dieses Gesetzes (Artikel 10, Abs. 1 und 2 HGB.) bezeichneten Personen und Vereinigungen, deren Firma zur Zeit des Wirksamkeitsbeginnes dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen ist, sind berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Löschung ihrer Firma herbeizuführen. Solange die Firma eingetragen ist, bleiben sie den Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura unterworfen.

§ 8. Auf Bankgewerbetreibende im Sinne des Artikels II des Bankhaftungsgesetzes finden die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Geschäftsbetriebes Anwendung.

§ 9. Das Dienstverhältnis von Angestellten in Nebengewerben der Land- oder Forstwirtschaft (§ 1, Abs. 1, Gutsangestelltengesetz) unterliegt dem Gutsangestelltengesetz auch dann, wenn das Nebengewerbe gemäß Artikel 4 a, Absatz 2, HGB. in das Handelsregister eingetragen wurde.

§ 10. Dieses Gesetz tritt am 1. April 1928 in Kraft: seine Bestimmungen sind für die Beurteilung der Registrierungspflicht auch maßgebend, wenn darüber an genanntem Tage eine rechtskräftige Entscheidung noch nicht vorliegt.

Mit der Vollziehung dieses Gesetzes ist der Bundesminister für Justiz im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministerien betraut.

Literaturverzeichnis.

Altmann, Jakob, Weiser, Österreichisches Handels-, Wechsel-, Check-, Post- und Eisenbahnfrachtrecht, 2. Auflage, Wien 1926.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 9. Auflage.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.

Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Stuttgart 1875.

Handelskammern und Handelsregister in der Rechtssprechung seit dem Jahre 1900, vormals bearbeitet von Sobernheim. 2. völlig neu bearbeitete Auflage von Dr. Walter Strauß, Berlin 1926.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins.

Mosse – Heymann. Handelsgesetzbuch 17. Auflage. Berlin 1926.

Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923.

Pisko, Die Novelle zum Handelsgesetzbuch Bundesgesetz vom 16. Februar 1928, Bundesgesetzblatt 63, betreffend Änderung einiger Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Kaufleute (Handelsgesetznovelle). Wien 1928.

Sehling, Deutsches Handelsrecht. Hamburg 1924.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Auflage. Berlin – Leipzig 1926.

Staub – Pisko, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Ausgabe für Österreich. Wien 1908/1910.

Zitiermethode.

a. d. HGB	=	allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch (Österreichisches Handelsgesetzbuch).
Novelle	=	Bundesgesetz vom 16. Februar 1928, Bundesgesetzblatt 63.
RGZ	=	Rechtssprechung des Reichsgerichts in in Zivilsachen.
RGSt	=	Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
ROHG	=	Reichsoberhandelsgericht.
JW	=	Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins.
D	=	Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.
OLG	=	Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.
Sob.	=	Handelskammern und Handelsregister in der Rechtssprechung seit dem Jahre 1900, vormals bearbeitet von Soberheim. 2. völlig neu bearbeitete Auflage von Dr. Walter Strauß. Berlin 1926.
KG	=	Entscheidungen des Kammergerichts.
KGJ	=	Jahrb. f. Entsch. d. Kammergerichts.
RJA	=	Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsb. usw. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Inhaltsübersicht.

Einleitung	Seite	5
I. Kapitel, Kaufleute kraft Gegenstands des Gewerbebetriebs	„	8
II. „ Formkaufleute	„	20
III. „ Kaufleute kraft Art und Umfangs des Betriebs	„	21
IV. „ Kaufleute als Unternehmer eines land- oder forstwirtschaftlichen Nebengewerbes	„	30
V. „ Minderkaufleute	„	36
VI. „ Scheinkaufleute	„	42
VII. „ Uebergangsrecht	„	47
Anhang	„	50
Literaturverzeichnis	„	53
Zitiermethode	„	55